
ARMA DE BRINQUEDO: ARMA OU BRINQUEDO?

Ana Leila Costa Garcez

Sumário: 1. Introdução. 2. Art. 10, § 1º, inciso II da Lei nº 9.437/97. 3. Objetividade jurídica. 4. Potencialidade ofensiva da arma de brinquedo. 5. Princípio da legalidade X Analogia. 6. Uso da arma de brinquedo no delito de roubo: cancelamento da Súmula 174 do STJ. 7. Notas conclusivas.

1 – INTRODUÇÃO

Há menos de uma década, a arma de brinquedo representava apenas uma atividade lúdica, dos entretenimentos de criança inspirados pelas mais diversas fontes. O cinema, principal destas fontes, em que mocinhos e bandidos disputavam algo precioso, como o amor de uma dama, um tesouro etc, servia para estimular os pequenos a reproduzirem tais batalhas em suas brincadeiras. Não se pode dizer que era das diversões a mais inocente, entretanto, não chegava a ser uma preocupação de que pudesse transformar-se em tendência à marginalidade.

Hodiernamente, esse cenário sofreu uma grande transformação, consequência da violência que assola as grandes cidades do mundo, originada por variados fatores e que tem feito, paulatinamente, desaparecer do mundo infantil um objeto que servia de distração para as crianças.

A criminalidade tem-se apresentado de inúmeras formas, utilizando-se da melhor tecnologia e de todos os recursos disponíveis. Dentre as manifestações mais freqüentes, encontram-se os tipos de armas com potencialidade ofensiva capazes até mesmo de vencer uma guerra, inclusive aquelas privativas do Exército.

No que se refere à natureza da arma de brinquedo a doutrina diverge. Parte entende que é arma, visto que o seu uso demonstra uma maior periculosidade no agente, em comparação àquele que comete crime à mão limpa. Parte defende que arma de brinquedo é apenas brinquedo em forma de arma.

A arma finta aparece como um meio eficaz utilizado pelo ofensor

para intimidar, ameaçar, coagir e constranger a vítima a ceder e facilitar a atividade delituosa. Sendo, por isso, o seu uso objeto de reflexão da sociedade, dos juristas e, principalmente, do legislador que tem a função de elaborar leis que possam coibir a prática de atos criminosos.

2 – ART. 10, § 1º, INCISO II DA LEI Nº 9.437/97

utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes;

O legislador, no afã de refrear o crescente número de crimes cometidos com o uso de arma de brinquedo, descuroou-se no emprego das palavras utilizadas na redação do inciso ora em análise, impondo ao aplicador a necessidade de dar uma solução, interpretando-o de forma a adequar aos fins pretendidos, visto que se trata de incriminação de conduta.

Uma interpretação gramatical apenas, já frustraria qualquer aplicação do dispositivo, pois *utilizar* significa *tornar útil; empregar com utilidade; aproveitar; fazer uso de; valer-se de; empregar utilmente; ser útil ou proveitoso*¹, ou seja, implicaria na necessidade do cometimento de crimes outros, com o emprego de arma de brinquedo, para a consumação deste delito autonomamente.

O que na verdade o legislador quis tipificar foi o porte de arma de brinquedo com o fim de cometer crimes, porque a utilização de arma finta já é punível de forma secundária pela prática do delito-fim que é geralmente mais grave.

Levantam-se aí duas questões: a primeira, é que é inconciliável a *utilização* com o *fim* específico *de cometer crimes*, porque aquela (a utilização) somente é possível no momento em que se inicia a execução destes (crimes). A redação do artigo tenta harmonizar uma conduta presente (utilização), com uma finalidade futura (com o fim de cometer crimes) que, de fato, se efetivam (ambas as condutas) num único momento.

A segunda questão, é que para o agente ser punido pelo crime-meio, utilização de arma de brinquedo, em concurso com o crime-fim, estar-se-ia violando frontalmente o princípio da consunção, segundo o qual *um fato mais amplo e mais grave consome, isto é, absorve outros fatos menos amplos e graves, que funcionam como fase normal de preparação ou execução, ou como mero exaurimento*². Quando se pune o delito-fim, pune-se também o delito-meio, porque quem atinge o todo, atinge a parte.

3 – OBJETIVIDADE JURÍDICA

A objetividade jurídica dos delitos previstos na Lei nº 9.437/97 é múltipla, pois há o objeto jurídico principal e imediato que é a incolumidade pública, a segurança coletiva, e há o objeto jurídico mediato e secundário que é a vida, a incolumidade física e a saúde da pessoa³. Não se está com isso sobrepondo a incolumidade pública a direitos fundamentais como a vida. É que se *protegendo o interesse coletivo, automaticamente está sendo conferida tutela aos bens particulares*⁴. O legislador apenas adianta-se e tipifica a conduta preparatória de outro delito como crime autônomo, na tentativa de reduzir o cometimento da infração mais grave.

A arma de brinquedo, em circunstância alguma, ofende ou ameaça de lesão os bens jurídicos ali protegidos. O que o legislador fez foi equiparar a arma de brinquedo à arma de fogo, o que de fato é inconcebível⁵. Esta paridade provoca uma grave injustiça, qual seja: um agente que comete um delito portando uma arma verdadeira, responde por um crime apenas; já o sujeito que pratica infração utilizando-se de arma finta, será punido pela infração prevista no inciso II, do § 1º do art. 10 da Lei nº 9.437/97, em concurso com o delito cometido, caso seja aceita a interpretação supra.

Pelo temor que impõe à vítima, a tipificação do porte de arma de brinquedo poderia, quando muito, ter como objetividade jurídica a paz pública, porque de fato esta é violada quando alguém porta um instrumento que provoca medo na população, causando intranquilidade ao corpo social. Nenhuma outra lesão a bem jurídico penalmente protegido, poderia ser ocasionada pela simples conduta de carregar consigo uma arma finta. É bem verdade que, quando do efetivo cometimento de outros delitos com a utilização de arma de brinquedo, é possível também que haja lesão ao objeto jurídico liberdade individual.

4 – POTENCIALIDADE OFENSIVA DA ARMA DE BRINQUE-DO

Para uma análise coerente da potencialidade delitiva da arma finta, faz-se necessária uma conceituação do que seja arma. Para a língua portuguesa é *instrumento ou engenho de ataque ou de defesa*⁶. A doutrina, tendo em vista a conceituação restrita, procura ampliar tal significado. Consoante GALDINO SIQUEIRA infere-se por arma, *em falta da definição legal, em*

geral, todo instrumento apto para ferir, matar, ameaçar, seja propriamente dita (faca, revólver, etc.), ou não, como uma pedra, uma pesada chave de porta, etc.⁷.

Diante do conceito, resta claro que a potencialidade ofensiva da arma é a possibilidade de praticar todas, ou ao menos, a maioria daquelas condutas com um único instrumento.

Será que uma arma de brinquedo enquadra-se nas definições anteriores? Seria possível atacar ou defender-se com uma arma de brinquedo? Seria possível ferir ou matar com uma arma finta? Parece-me inverossímil.

A única conduta prevista na conceituação doutrinária que pode ser atingida com a arma de brinquedo é a ameaça, mas isso não nos autoriza a qualificá-la como espécie (arma de brinquedo) daquele gênero (arma). Porque se assim fosse, todos os meios de execução do crime de ameaça, tais como a palavra, escritos, gestos, etc, seriam considerados armas.

De fato, a potencialidade ofensiva da arma de brinquedo apenas pode atingir o bem jurídico liberdade individual, pois a mesma é meio eficaz de intimidar, ameaçar, coagir e constranger pessoas a exprimirem o que não é o seu querer, a agirem de forma que se estivessem sob sua total liberdade, seja psíquica, íntima, física, etc, não o fariam, ao menos da maneira como imposta.

5 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE⁸ X ANALOGIA

não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

É, dos princípios orientadores do Direito Penal, indubitavelmente, o mais importante. Garantia constitucional, torna-se imprescindível sua utilização na interpretação de toda e qualquer norma incriminadora.

O princípio da legalidade é expresso na Constituição Federal, art. 5º, XXXIX e no Código Penal, art. 1º. Sendo assim, uma conduta somente é típica se prevista em lei elaborada nos termos da Carta Maior. Não há no ordenamento jurídico brasileiro, outra fonte para as normas incriminadoras. Aqui a reserva legal é absoluta. E não poderia ser diferente, visto que não se admitiria restrições a direito fundamental (liberdade de agir) por outro instrumento senão a lei em sua compreensão formal e estrita, originada do Poder Legislativo, autorizado pelo próprio princípio.

O direito de punir do Estado, no exercício de sua soberania, está condicionado a limites impostos pelo princípio da reserva legal. Nem o

Poder Executivo, nem o Poder Judiciário podem, através de seus atos, criar normas que restrinjam os direitos individuais dos cidadãos no que se refere ao preceito penal.

Não há incompatibilidade entre o princípio da reserva legal e a analogia no âmbito penal, apenas o primeiro veda a utilização da segunda na tipificação de condutas sem lei anterior que as definam. Entretanto, é possível se verificar a aplicação analógica entre as normas permissivas e as não incriminadoras.

A analogia *consiste em aplicar a uma hipótese, não regulada por lei, disposição relativa a um caso semelhant⁸*, ou seja, não é fonte do Direito Penal, mas somente forma de auto-integração da lei.

Diante dessa definição, como seria possível interpretar o inciso II, do § 1º, do art. 10 da Lei nº 9.437/97 no sentido de entender-se *portar* onde está escrito *utilizar*? Não se estaria aí fazendo uso da integração analógica para incriminar conduta que a lei não previu? E o princípio da legalidade não estaria violado, originando uma inconstitucionalidade na interpretação?

Convém aqui citar FERNANDO CAPEZ que de forma sintética expõe a questão: *o tipo não trata do porte de arma de brinquedo, nem pode incriminar a sua utilização no cometimento de crime. No primeiro caso, estar-se-ia empregando analogia para alcançar condutas atípicas, ofendendo-se, com isso, o princípio da reserva legal; no segundo, o agente estaria respondendo duas vezes pelo mesmo fato, violando-se novamente aquele princípio¹⁰*.

6 – USO DE ARMA DE BRINQUEDO NO DELITO DE ROUBO: CANCELAMENTO DA SÚMULA 174 DO STJ

As maiores discussões acerca do tema central deste estudo têm origem nos crimes de roubo, em que a incidência do uso de arma de brinquedo é mais freqüente. Por esta razão, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 1996, num ato de infelicidade, editou a Súmula 174:

no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena.

A divergência não foi pacificada, ao contrário, ganhou força, uma vez que aumentou a certeza dos que já defendiam que a arma de brinquedo era arma e, em contrapartida, exacerbou a indignação dos que sustentavam o oposto, reforçando a idéia de que a hipótese era tão absurda que se tornou necessário sumulá-la no intuito de impor um entendi-

mento¹¹.

Em 2001, o Superior Tribunal de Justiça, reviu seu posicionamento acerca da questão e cancelou a polêmica Súmula 174. Já não foi sem tempo. Aliás, tal entendimento jurisprudencial jamais deveria ter sido sumulado, face ao absurdo jurídico que representa, consagrando flagrante caso de aplicação analógica à norma incriminadora, apesar da vedação imposta pelo princípio da legalidade.

Conforme análise retro (item 5), não cabe ao operador do Direito criar novos tipos penais. Se o legislador não se referiu a arma de brinquedo no inciso I, do § 2º, do art. 157 do Código Penal é porque não teve a intenção de qualificar o delito com o uso desse tipo de instrumento, sendo vedado ao aplicador fazê-lo.

Entretanto, não se pode ainda comemorar o cancelamento da Súmula 174 do STJ, face à projeção que vem ganhando um entendimento que, da mesma forma, afronta todo o ordenamento jurídico brasileiro por todas as razões expendidas e que é exposto por FERNANDO CAPEZ, da seguinte forma: *Atualmente, com a revogação da Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça, tende a ganhar força a corrente que sustenta que, na hipótese de roubo praticado com arma de brinquedo (também simulacro ou arma finta), o agente responderá por roubo simples, sem a majorante do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal, já que a arma de brinquedo não mais constitui causa de aumento, por não se equiparar à de verdade, em concurso material com a figura do art. 10, § 1º, II, da Lei n. 9.437/97*¹².

7 – NOTAS CONCLUSIVAS

Diante do nosso ordenamento jurídico, não é possível incriminar as condutas de portar e/ou utilizar arma de brinquedo com o fim de praticar crimes, ou durante o seu cometimento, por todas as diversas razões já expendidas.

Não cabe ao operador da lei penal buscar meios para dar eficácia às normas incriminadoras elaboradas de forma defeituosa, qual seja, o inciso II, do § 1º, do art. 10 da Lei nº 9.437/97. Seu papel é aplicá-la ao caso concreto, dando-lhe a interpretação que os princípios constitucionais, que norteiam o sistema, autorizam.

Quando o legislador comete um equívoco na tipificação de infrações penais é incumbência sua retificá-lo, pois o intérprete jamais poderá utilizar-se de qualquer meio que não seja a lei para enquadrar uma conduta ao tipo penal.

Vale evocar a conclusão precisa de FERNANDO CAPEZ que não deixa nenhuma dúvida acerca de que *só nos resta lamentar e considerar o tipo “nativmorto”, ou seja, ineficaz desde a sua entrada em vigor. Contra nossa vontade, somos obrigados a reconhecer a existência de um tipo suicida, no qual as elementares se chocam de tal maneira que o tornam um nada jurídico. Forçoso reconhecer, portanto, que na lei podem existir, sim palavras inúteis*¹³.

Não sendo possível, diante de nosso ordenamento jurídico, incriminar as condutas de portar e/ou utilizar arma de brinquedo, esta continua tendo natureza de brinquedo, entretanto esta natureza vem sendo enfraquecida pela resistência dos pais, educadores, pedagogos, psicólogos etc, em permitir que pessoas em desenvolvimento, como crianças e adolescentes, façam uso de um brinquedo que possa despertar sentimentos que ainda não saibam como lidar. Mas, isso é outra discussão que merece um estudo aprofundado.

E para encerrar, não poderia deixar de citar LENIO STRECK que fazendo referência ao tema, em Seminário, realizado em Gramado no ano de 2001, lançou a provocante advertência: ***Se a arma de brinquedo é arma, ursinho de pelúcia é urso***¹⁴.

¹ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa* (2ª edição), Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1745.

² CAPEZ, Fernando, *Direito Penal: Parte Geral*, São Paulo: Edições Paloma, 2000, p. 49.

³ No mesmo sentido HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal: Parte Especial*, São Paulo, v. 3, p. 767, n. 713 e LUÍS FLÁVIO GOMES e WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA, *Lei das Armas de Fogo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 49.

⁴ JESUS, Damásio E. de, *Porte de Arma de Fogo e Assemelhados*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 16.

⁵ Daí a brilhante observação de ALBERTO SILVA FRANCO de que constitui “absurdo sem paralelo na legislação penal brasileira”, **in** *Arma de Brinquedo*, São Paulo, Revista Brasileira de Ciências Criminais – Revista dos Tribunais, 1997, p. 71.

⁶ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, cit., p. 164.

⁷ SIQUEIRA, Galdino, *Tratado de Direito Penal*, Tomo IV.

⁸ O princípio da legalidade aqui considerado como sinônimo do princípio da reserva legal, consoante entendimento dominante na doutrina.

⁹ CAPEZ, Fernando, *Direito Penal: Parte Geral*, cit., 24.

¹⁰ CAPEZ, Fernando, *Arma de Fogo: Comentários à Lei n. 9437, de 20-2-1997*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

¹¹ Este argumento nos faz refletir sobre os perigos da adoção da súmula vinculante.

¹² CAPEZ, Fernando, *Arma de Fogo*, cit., p.51.

¹³ CAPEZ, Fernando, *Arma de Fogo*, cit., p. 50.

¹⁴ Citado por ILHA SILVA, Ângelo Roberto, “O Cancelamento da Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça”, *in Boletim IBCCRIM* nº 109, 2001,p. 5.